

# 仲裁人迴避爭議程序之研究

沈冠伶

2015 年 8 月 17 日提出書面

壹、前言.....	2
貳、仲裁庭就仲裁人迴避爭議之處理程序.....	4
一、實務見解.....	4
二、本文見解.....	7
(一) 機構仲裁之規定.....	7
(二) 法定之迴避審查程序.....	9
1、被聲請迴避之仲裁人得否參與迴避之決定？ .....	10
2、被聲請迴避之仲裁人不參與迴避聲請之決定是否合法？ .....	15
3、仲裁庭是否應作成決定書並附具理由？ .....	17
參、法院就仲裁人迴避聲請之處理程序.....	18
一、實務見解.....	18
二、本文見解.....	19
肆、仲裁程序應否停止或得繼續進行.....	20
一、實務及學說見解.....	21
二、本文見解.....	21
伍、撤銷仲裁判斷之事由.....	24
一、仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款規定之適用與迴避裁定之效力.....	24
(一) 法院就迴避聲請所為之准駁裁定，原則上具有確定力.....	24
(二) 法院之迴避駁回裁定例外不具有確定力者：應由撤銷仲裁判斷之 訴的受訴法院就是否具備應予迴避之事由為審理.....	25
(三) 仲裁庭之駁回決定確定者，亦具有確定力.....	26
二、仲裁法第 40 條第 3 項規定之解釋.....	28
陸、結論.....	29

# 壹、前言

仲裁法之前身是 1961 年 1 月 20 日所制定之商務仲裁條例，其間在 1982 年、1986 年曾小幅度修正若干條文。後為符合國際潮流趨勢，促使仲裁立法「國際化」與「自由化」，並配合國際貿易之推展，在 1998 年大幅修正，擴大仲裁之適用範圍及於商務爭議以外事件，並更名為「仲裁法」。為能與國際接軌，新仲裁法多參考聯合國國際貿易法委員會在 1985 年公布之「國際商務仲裁模範法」（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration，下稱「仲裁模範法」），例如：由一人或數人組成仲裁庭（仲裁法第 1 條）、仲裁條款之獨立性（仲裁法第 3 條）、妨訴抗辯在被告已行本案言詞辯論後即不得主張（仲裁法第 4 條第 1 項但書）、由法院選定仲裁人之情形（仲裁法第 9 條第 2 項、第 3 項）、由仲裁機構選定仲裁人之情形（仲裁法第 12 條第 1 項）、仲裁人之披露義務（仲裁法第 15 條第 2 項）、聲請仲裁人迴避事由之擴大（仲裁法第 16 條）、迴避決定程序（仲裁法第 17 條）、仲裁程序之開始（仲裁法第 18 條）、仲裁程序所適用之規定（仲裁法第 19 條）、仲裁地（仲裁法第 20 條）、仲裁程序權之保障（仲裁法第 23 條第 1 項）、仲裁程序之語言（仲裁法第 25 條）、仲裁程序違法之異議（仲裁法第 29 條第 1 項）、仲裁庭關於仲裁管轄權及其他自為判斷之事項（仲裁法第 30 條）、外國仲裁判斷之承認與執行（仲裁法第 49 條、第 50 條）等。<sup>1</sup>再者，為篩選仲裁人，提高仲裁判斷之品質，使仲裁制度贏得信賴，新仲裁法一改仲裁人資格之概括性規定，而進一步將其積極資格及消極資格列舉明訂（仲裁法第 6 條、第 7 條），並規定仲裁人應經訓練及講習（仲裁法第 8 條）。在 2002 年又再次修正仲裁法第 8 條進一步明訂，即使是未向仲裁機構申請登記之仲裁人，除別有規定外，應參加訓練（仲裁法第 8 條第 3 項）。

仲裁制度作為紛爭處理程序制度之一環，係建立在當事人間存在有將特定紛爭循仲裁程序予以處理、解決之合意基礎（仲裁協議或仲裁條款），就此而言，不同於訴訟程序開始之強行性（即程序開始無庸經兩造當事人合意）<sup>2</sup>；不過，關於仲裁程序之進行及終結，當事人係合意委由第三人（即仲裁人或仲裁庭）為

<sup>1</sup> 上開條文均係在立法理由中明示參考聯合國國際商務仲裁模範法者。

<sup>2</sup> 法定仲裁（又有稱之為「強制仲裁」），並非固有意義之仲裁，參見：沈冠伶、陳英鈞（2008），〈仲裁、程序選擇權與訴訟權之保障——以政府採購法第八五條之一第二項規定為例探討法定仲裁之相關問題〉，《月旦法學雜誌》，158 期，頁 217-235。

審理並作成判斷，且願終局性地服從該仲裁判斷而受拘束，此則類似於法院之裁判<sup>3</sup>，此則與當事人間本於其合意而終結紛爭為特徵之其他裁判外紛爭處理制度（例如：調解、和解），有所不同。不過，相對於訴訟制度係由法官依法裁判，仲裁制度雖同具有由第三人裁決之特徵，但其程序內容與訴訟仍有所不同，換言之，就判斷者之人選及產生方式，當事人得以合意定之，並就程序進行之方式（例如：是否行公開審理、嚴格之證據調查程序、審級救濟等）為約定，相較於訴訟程序，仲裁程序更具當事人自主性、程序簡易、彈性、迅速及經濟性之優點，因此，循仲裁程序所尋求發現之「法」（即當事人間主觀之權利義務關係）與循訴訟程序所尋求發現之「法」，未必恆為一致<sup>4</sup>，此係當事人考量其實體利益與程序利益後，擇定其紛爭處理方式之結果。

在現代法治國家中之仲裁制度，由於仍須維持最低限度之程序正義，而需求國家之司法機關對於仲裁制度為一定之協力及監督，例如：在程序進行中，為確保仲裁人之中立性，仲裁當事人得於不服仲裁庭關於仲裁人迴避聲請之決定時，向法院聲請裁定（仲裁法第 17 條第 3 項）<sup>5</sup>；於證據調查程序上，仲裁庭得聲請法院命證人到場（仲裁法第 26 條第 2 項）或為協助（仲裁法第 28 條第 1 項、第 2 項）；於仲裁判斷作成後，當事人得基於限定之事由提起仲裁判斷撤銷訴訟（仲裁法第 40 條）或於許可執行裁定之聲請程序上提出駁回聲請之抗辯（仲裁法第 38 條）。然而，司法機關對於仲裁制度之介入程度為何，一方面以維護程序保障要求；另一方面亦能正視仲裁程序之特性以尊重當事人對於程序選擇之自主決定，始終為仲裁法制上存在之議題。我國尤其呈現在對於仲裁人迴避之相關問題，而生下述爭議：1、在仲裁程序上當事人一造聲請仲裁人迴避時，該仲裁人得否參與有關應否迴避之評議、決定？此際仲裁庭應如何組成？仲裁庭關於迴避聲請之決定，應以何形式為之？是否應以書面甚至附具理由為之？（下文貳、）2、法院就仲裁人迴避之聲請，應如何為裁判？是否應審查仲裁庭之裁判當否，或直接根據當事人所提出之相關事證為判斷，而不必論斷仲裁庭之判斷當否？（下文參、）3、在仲裁庭或法院尚未就迴避聲請予以裁判以前，仲裁庭得否就仲裁之本案請求為審理並作成仲裁判斷？（下文肆、）4、被聲請迴避之仲裁人如仍參與評決，並進而為本案請求之仲裁判斷時，此仲裁程序是否違法而構成撤銷仲裁判斷之事由（仲裁法第 40 條第 1 項第 4 款或第 5 款）？（下文伍、）

---

<sup>3</sup> 但仲裁判斷之拘束力係源自於當事人之合意，而與判決之既判力，係源自於國家司法權之行使仍有所不同，此差異性將呈現在對於後訴訟之作用，仲裁判斷之拘束力應由當事人予以主張；但判決之既判力則由法院依職權斟酌。

<sup>4</sup> 邱聯恭講述、許士宦整理（2010），《口述民事訴訟法講義(一)》，頁 71-79，台北：元照。

<sup>5</sup> 沈冠伶（2008），〈仲裁人迴避爭議之處理程序與仲裁判斷之撤銷〉，《仲裁季刊》，86 期，頁 56-74。

# 貳、仲裁庭就仲裁人迴避爭議之處 理程序

## 一、實務見解

關於被聲請迴避之仲裁人得否參與仲裁庭而就迴避聲請為判斷，實務上有不同見解。最高法院持否定見解如下：

1、最高法院 96 年度台上字第 1845 號民事判決（以下稱「第 1 則判決」）謂：「按仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，仲裁法第 37 條第一項定有明文。準此，仲裁庭既具實質法庭之性質，仲裁人之不偏頗，乃仲裁制度得以存續、被信賴之基礎，此為仲裁法第 15 條第 1 項規定仲裁人應獨立、公正處理仲裁事件並保守秘密之所由設。是以當事人以仲裁人有上開第 15 條第 2 項各款規定之迴避事由，聲請此仲裁人迴避時，即攸關該被聲請迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務。於仲裁庭未依同法第 17 條規定，作成駁回聲請之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定），及仲裁事件之判斷，始符仲裁法所定聲請仲裁人迴避之本旨。又仲裁庭評決之合法，係以仲裁庭之組織合法為前提。依同法第 1 條第 1 項有關除獨任仲裁人外，仲裁庭應由單數之數仲裁人組成之規定觀之，系爭決定上訴人聲請主任仲裁人迴避之是否有理由，倘僅由原仲裁庭中之其他二位（偶數）仲裁人而非單數之數仲裁人組成仲裁庭為之，其組織能否謂為合法？由組織不合法之仲裁庭所作成之決定，其效力如何？均應先予釐清。其次，依仲裁法第 19 條規定當事人未約定仲裁程序，該法又無規定時，仲裁庭得準用民事訴訟法或其認為適當之程序進行之反面解釋，仲裁庭固得不準用民事訴訟法之規定，然仍須依循適當之程序進行。若認仲裁庭對於聲請仲裁人迴避所為之決定，竟得不以「書面」，而以「口頭」、且「不附理由」之方式為之，則於當事人不服，擬依同法第 17 條第 3 項規定聲請法院另為裁定時，於無任何文書為依憑之情形下，將如何提出其不服之理由？法院又憑何作出其裁定？系爭於九十二年一月十四日由仲裁人施湘興「口頭」告知在九十一年十二月三十一日已以「不附理由」之方式作成主任仲裁人無須迴避之決定，能否謂為係遵守適當程序所作成？非無疑義。原審未遑詳查系爭由二位仲裁人組成之仲裁庭所作成聲請主任仲裁人迴避之決定，是否為法之所許？逕以上訴人迴避之聲請，業經仲裁庭駁回為由，遽依仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款但書規定，為不利於上訴人之判決，自嫌

速斷，尚屬難昭折服。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第 477 條第 1 項、第 478 條第 2 項，判決如主文。」

2、最高法院100年度台上字第1875號民事判決（以下稱「第2則判決」）理由謂：「又當事人以仲裁人有仲裁法第十五條第二項各款規定之迴避事由，聲請此仲裁人迴避時，即攸關該被聲請迴避之仲裁人得否繼續擔任仲裁之職務。於仲裁庭未依同法第十七條規定，作成駁回聲請之決定或當事人不服該決定，聲請法院為裁定之前，被聲請迴避之仲裁人，自不得參與是否迴避之評決（決定），及仲裁事件之判斷，始符仲裁法所定聲請仲裁人迴避之本旨。查上訴人於九十七年六月四日向仲裁庭聲請仲裁人余○迴避，經其餘仲裁人於同年月十三日作成仲裁決定書駁回其聲請；上訴人不服，復於同年月二十六日向台北地院聲請仲裁人余○迴避，台北地院於九十八年五月二十七日以裁定駁回其聲請確定，惟於台北地院裁定前之九十八年五月十九日余○即參與系爭仲裁判斷等情，為原審所確定之事實，則余○於台北地院裁定駁回上訴人聲請其迴避前，即參與本件仲裁事件之判斷，於法即有未合。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

3、最高法院 103 年度台上字第 1565 號民事判決（以下稱「第 3 則判決」）理由謂：「……依上規定，當事人請求仲裁人迴避者，除當事人另有約定外，應由仲裁庭決定，如係獨任制仲裁庭，該獨任仲裁人不得參與迴避與否之決定，且仲裁庭無其他仲裁人可為迴避與否決定，故該請求僅得向法院為之，並由法院決定應否迴避；至當事人請求合議仲裁庭中之一仲裁人迴避者，仲裁庭尚有他仲裁人可為決定，得由仲裁庭他仲裁人過半數意見為迴避與否決定，當事人就該決定如有不服，得聲請法院裁定之；如未向法院聲請裁定，或法院就聲請已為裁定，該迴避之聲請即告確定，不得再聲明不服。系爭仲裁事件，係由三位仲裁人組成本件仲裁庭，被上訴人請求仲裁庭中之林○○仲裁人迴避，林○○未參與迴避與否決定，而由本件仲裁庭其他二位仲裁人以一致意見，決定駁回被上訴人迴避之請求，被上訴人就該決定未聲明不服向法院聲請裁定，乃為原審所確定之事實，則該迴避聲請已經駁回確定，原判決遽認本件仲裁庭由其餘二位仲裁人決定駁回被上訴人迴避之聲請，其組織不合法，所為決定，非屬有效，林○○仲裁人不得參與系爭仲裁事件之判斷，所持法律見解，不無違誤，其進而為上訴人不利之判斷，尤有未合。」

4、於最高法院 97 年度台上字第 2094 號民事判決（以下稱「第 4 則判決」）一案，原審台灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 64 號民事判決認為：「……

按當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定，當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之，觀之仲裁法第十七條第一項、第六項規定自明。又合議仲裁庭之判斷，以過半數意見定之，同法第三十二條第二項亦定有明文。是以仲裁庭如係三人所組成之合議仲裁庭，其中二人遭請求迴避者，實難期待二位被請求迴避之仲裁人尚能為合理之決定，故於此情形，應類推適用仲裁法第十七條第六項規定，被聲請迴避之仲裁人及仲裁庭不得自為無庸迴避之決定。」此見解經最高法院維持，而駁回上訴確定。

上開最高法院各則判決均否認被聲請迴避之仲裁人得參與仲裁庭而就迴避爭議為裁判，惟關於應由何人組成仲裁庭為迴避爭議之判斷，則有不同見解，第1則判決似認為由其餘二人（偶數）組成仲裁庭為組織不合法，但第2則未明示，而第3則判決則明認得由仲裁庭之其他仲裁人為判斷，由其餘二人仲裁庭所為之決定，非為組織不合法；在第4則判決則因有二位仲裁人被聲請迴避，雖仍尚餘一位仲裁人，但法院認為此種情形無法由仲裁庭為判斷，而應類推適用仲裁法第17條第6項規定，逕向法院聲請迴避。

臺灣高等法院暨所屬法院100年法律座談會時，亦曾提出以下問題予以討論（民事類提案第65號）<sup>6</sup>：「仲裁程序中，當事人依仲裁法第16條規定請求仲裁人迴避，除獨任仲裁人應向法院為之之外，仲裁法第17條所稱之仲裁庭，其組成是否包括被請求迴避之仲裁人？或應另組仲裁庭以作成應否迴避之決定？」就此有三說如下：甲說認為，應排除被聲請迴避仲裁人之參與，但由被聲請迴避仲裁人以外之偶數仲裁人作成應否迴避之決定，應認有違仲裁法第1條及第9條之規定而不合法，故應選定遞補之仲裁人或另組仲裁庭，由單數仲裁人組成之仲裁庭作成應否迴避之決定，此說係參考上述第1則最高法院96年度台上字第1845號民事判決見解；乙說認為，如當事人未約定，且仲裁庭裁量準用民事訴訟程序進行，則被聲請迴避之仲裁人應迴避，由其餘仲裁人以多數決評決。如仲裁庭之意見各不達半數或遲不為決定時，參酌民事訴訟法第35條第1項之規定意旨，可由主任仲裁人決定之；但如仲裁庭決定不準用民事訴訟法之規定，始應參酌其所選用程序之相關規定；丙說認為，考量仲裁制度之特性，並參考德國、奧地利等國之立法例及學者見解，應由包括被請求迴避之仲裁人所組成之仲裁庭，就迴避聲請為判斷。初步研討結果擬採丙說，審查意見亦採丙說，研討結果係照審查意見通過。

---

<sup>6</sup> 《臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會彙編》（101 年 1 月版），頁 322-327。

## 二、本文見解

仲裁程序之規則，基於仲裁程序自治原則，當事人間有約定者，優先適用之。僅在當事人間無約定時，始適用仲裁法之規定。因此，關於仲裁人迴避爭議之處理程序，首先應區別是否為機構仲裁或非機構仲裁，以及當事人間就迴避程序事項是否有所約定，以下茲區分為機構仲裁之仲裁規則及法定之迴避爭議處理程序予以說明。

### （一）機構仲裁之規定

當事人間如約定行機構仲裁，亦即當事人間約定就一定法律關係之紛爭向常設之仲裁機構為仲裁聲請，願依該機構之仲裁規則選任仲裁人（組成仲裁庭）進行仲裁，並在該機構之管理與協助下進程序，此與該機構本身是否擔任仲裁人無關。於仲裁實務上，於機構仲裁之情形，亦鮮少由機構本身擔任仲裁人，其係一常設之組織機構以管理、監督仲裁程序之進行，而另有獨任仲裁人或仲裁庭就本案請求進行審理、判斷。仲裁人（仲裁庭）與仲裁機構之關係，某程度類似於受訴法院（狹義之法院）與廣義之法院（含行政組織、管理、院長乃至於書記官、通譯、法警等）。<sup>7</sup>於機構仲裁，當事人既然約定依該仲裁機構之程序規則進行之，則有關仲裁人之選任、迴避等相關事項，即應依該規則處理。例如：（1）在中華民國仲裁協會進行機構仲裁者，由仲裁協會提供之「仲裁人選定同意書」（101.4.9.版）如下：「……選定人茲同意：①本仲裁事件適用中華民國仲裁協會仲裁規則及中華民國仲裁協會仲裁人倫理規範，②仲裁人未於選定後三十日內共推主任仲裁人時，中華民國仲裁協會得依任何一方當事人之聲請代為選定主任仲裁人，③倘本件當事人聲請仲裁人迴避時，由仲裁庭（包括被請求迴避之仲裁人）決定應否迴避。」據此，有關仲裁人迴避之爭議係由仲裁庭（包含被請求迴避之仲裁人）予以決定，但關於就該仲裁庭所為之決定是否具有最終性，則未有進一步規定，當事人間如未有約定，則適用仲裁法第17條第3項規定，得於十四日向法院聲請裁定之，而就該裁定不得聲請不服（同條第4項）。

（2）德國仲裁機構（DIS）進行仲裁者，其仲裁規則與中華民國仲裁協會類似，如被聲請迴避之仲裁人不自動迴避而放棄仲裁人之任命，或他方當事人就迴避聲請提出異議時，除當事人間另有約定外，聲請人得於二週內請求「仲裁庭」

---

<sup>7</sup> 最高法院 103 年度台抗字第 236 號裁定肯認機構仲裁與非機構仲裁均為仲裁法所承認者，相關評析請參見：沈冠伶（2015），〈2014 年民事訴訟法裁判回顧—程序選擇權、非機構仲裁與國際審判管轄權〉，預計刊登於《台大法學論叢》2014 年裁判回顧特刊。

(the arbitral tribunal) 作成判斷，而該仲裁庭之組成雖未明文規定，但依德國通說均認為係指原仲裁庭，而包含被聲請迴避之仲裁人在內所組成者。<sup>8</sup>

(3) 在國際商會 (ICC) 進行仲裁者，依 ICC 仲裁規則，由仲裁庭以外之「仲裁院」(court) 決定仲裁人迴避爭議 (ICC 仲裁規則第 14 條第 3 項)<sup>9</sup>。所謂之仲裁院，則係仲裁庭以外之仲裁機構組織，仲裁院設院長 1 名，副院長 17 名，其餘尚有成員 79 名、替補成員 32 名<sup>10</sup> 組成之，但經常出席大會者約有 30—50 名左右。於迴避聲請案件之審查，通常係由其中一名成員先提出標示爭點所在之書面報告及決定建議，並於全體大會召開時以言詞報告，而由大會作成決定，其所為之決定係具有終局性，且得不附理由 (ICC 仲裁規則第 11 條第 4 項)<sup>11</sup>。類似於 ICC 仲裁院之上開爭議處理程序者，尚有美國仲裁協會之仲裁規則<sup>12</sup>，亦是由仲裁協會就迴避爭議為決定，且具有終局性。<sup>13</sup>

我國法院對於上述中華民國仲裁協會於仲裁人選定書中所記載之條款，其效力為何，存在有不同裁判，有予以承認而就仲裁人是否有迴避事由為實質判斷者，例如：台北地院 102 年度仲聲字第 13 號裁定一案中，「聲請人以中華民國仲裁協會 102 年度仲聲孝字第 27 號仲裁事件之仲裁人黃 O 有足使聲請人認其不能獨

---

<sup>8</sup> Rule 18.2: .....The DIS Secretariat informs the arbitrators and the other party of the challenge and sets a reasonable time-limit for comments from the challenged arbitrator and the other party. If the challenged arbitrator does not withdraw from his office or the other party does not agree to the challenge within the time-limit fixed, the challenging party may within two weeks request the arbitral tribunal to decide on the challenge unless otherwise agreed by the parties.

<sup>9</sup> “The Court shall decide on the admissibility and, at the same time, if necessary, on the merits of a challenge after the Secretariat has afforded an opportunity for the arbitrator concerned, the other party or parties and any other members of the arbitral tribunal to comment in writing within a suitable period of time. Such comments shall be communicated to the parties and to the arbitrators.”而根據 ICC 仲裁規則第 1 條規定，所謂之「Court」係指國際商會之仲裁院 (The International Court of Arbitration (the “Court”) of the International Chamber of Commerce (the “ICC”) is the independent arbitration body of the ICC. The statutes of the Court are set forth in Appendix I. 仲裁院本身不處理仲裁爭議，而係管理由仲裁庭依仲裁規則所為之紛爭解決 (The Court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals, in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC (the “Rules”).)

<sup>10</sup> 成員名單參見：

<http://www.iccwbo.org/About-ICC/Organization/Dispute-Resolution-Services/ICC-International-Court-of-Arbitration/List-of-Current-Court-Members/> (檢索日期：2015 年 8 月 10 日)

<sup>11</sup> “The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final, and the reasons for such decisions shall not be communicated.”

<sup>12</sup> R-18. (c): “Upon objection of a party to the continued service of an arbitrator, or on its own initiative, the AAA shall determine whether the arbitrator should be disqualified under the grounds set out above, and shall inform the parties of its decision, which decision shall be conclusive.”

<sup>13</sup> 不同仲裁機構之不同規則，參見：藍瀛芳 (2012)，〈聲請仲裁人迴避相關問題研討會〉，《仲裁季刊》，95 期，頁 122。



立、公正執行職務之虞，而依法向仲裁庭聲請黃O迴避，經羅OO、謝OO、黃O組成仲裁庭，於102年11月28日作成仲裁決定書駁回聲請人之聲請，有該決定書影本在卷可稽，堪可認定。」就此，法院並未認為有仲裁庭之組織不合法情事；然而，另有法院裁判認為，即使在機構仲裁之情形，且當事人亦有所約定，仍不得由被聲請迴避之仲裁人參與仲裁庭作成有關迴避與否之決定，此可見於高雄地方法院103年度仲聲字第1號裁定，其理由如下：「……至中華民國仲裁協會雖於103年2月6日就系爭仲裁決定另作成補充理由書（見本院卷第24頁至第26頁），內容略為：本件雙方於仲裁人選定書中均同意「倘本件當事人聲請仲裁人迴避時，由仲裁庭（包括請求迴避之仲裁人）決定應否迴避」，故而仲裁庭（包括主任仲裁人施○○）依上開約定作成系爭仲裁決定應屬適法云云。惟前開組織不合法之重大瑕疵，應無從僅憑兩造事前概括同意簽訂之「仲裁人選定書」，而得刻意排除仲裁人之獨立、公正處理原則及公平法院原則之適用。況觀諸兩造事前所簽訂之「仲裁人選定書」（分見本院卷第25頁、第26頁），其內容規格制式化，且其中並無類如容任當事人拒絕「被請求迴避之仲裁人參與組成決定迴避與否仲裁庭」之選項，難認兩造此部分之程序權益已獲充分保障，故上揭補充理由，應無可採。」然此見解恐有斟酌餘地，蓋其一方面忽略仲裁法第17條第1項但書規定，已明訂承認當事人得就第一階段之程序事項予以約定，另一方面亦無視於當事人在選擇機構仲裁時，除另有約定外，即已願意接受仲裁機構所定之定型化規則，上開「仲裁人選定書」所記載之內容，並非由一造當事人所提供之「定型化契約條款」，而是由仲裁機構所提供，屬該機構之仲裁規則一部分。

## （二）法定之迴避審查程序

如當事人未約定為機構仲裁，亦未約定有關仲裁人迴避審查程序為何，則應適用仲裁法上規定。關於仲裁人迴避爭議之處理程序，由於仲裁法第17條已有所規定，應予以適用，而不應另由仲裁庭裁量決定。不過，仲裁法第17條並未就迴避聲請程序之所有程序事項為完整規定，該條未規定者，依仲裁法第19條規定，即由仲裁庭決定，是否準用民事訴訟法或適當之程序，以避免迴避制度被濫用而阻礙程序之進行，並使仲裁制度能發揮迅速、經濟、有效解決紛爭之機能。由於仲裁制度之機能、目的、程序架構與民事訴訟仍存在有若干差異，考量此等差異下，民事訴訟法之準用並非絕對必要，甚至有不宜準用之處。<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> 相關討論參見：黃日燦（2003），〈試論我國現行法仲裁程序之不備—檢視仲裁法第十九條規定的缺失〉，《經社法制論叢》，32期，頁35以下。

## 1、被聲請迴避之仲裁人得否參與迴避之決定？

仲裁法第17條第1項及第3項規定，當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向「仲裁庭」提出。當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四日內向法院聲請裁定。於此條之立法理由中明言，此係參考1985年聯合國國際商務仲裁模範法（UNCITRAL Model Law，以下簡稱為「模範法」）第13條第2項及第3項所定<sup>15</sup>，即採取二階段審查制。在二階段之架構下，第一階段係內部之先行審查（interne Vorprüfung），第二階段則由國家法院為外部之檢控（externer Kontroll），<sup>16</sup>以兼顧仲裁程序之迅速經濟性及裁判者之公正獨立性要求。因此，如依模範法之規定旨趣，所謂之仲裁庭，其意係包括被聲請迴避之仲裁人在內所組成之仲裁庭。

模範法此條規定，在德國於1997年大幅修改仲裁法之規定（以下簡稱為「德國新仲裁法」）時，亦同為參考對象。在模範法中所稱之「仲裁庭」，由於其意本係包括被聲請迴避之仲裁人在內所組成之仲裁庭，因此，在德國修法當時，此條規定引發若干爭議。在德國聯邦政府所提出之修正草案（德國民事訴訟法第1037條第2項），原本係明白排除被聲請迴避之仲裁人參與迴避聲請之決定而規定為：「不包括被聲請迴避之仲裁人所組成之仲裁庭就迴避之聲請作成決定」。支持此項草案之見解係主張，沒有人可以就涉及自身之爭議擔任裁判者，因此，被聲請迴避之仲裁人，不得參與迴避聲請之裁判。此與我國上開最高法院96年度台上字第1845號民事判決（第1則判決）所持見解相同，看來雖頗有道理，不過，最後於國會所通過之條文卻改採繼受模範法之立法，而將「不包括被聲請迴避之仲裁人」一語予以刪除，規定由「仲裁庭」就迴避聲請為決定。

被聲請迴避之仲裁人之所以得就迴避聲請之決定參與仲裁庭，而與法官迴避之情形不同，德國法之立法理由如下：在法院程序所適用之原則，亦即，沒有人得就涉及自身之爭議擔任裁判者，不應直接適用於仲裁程序。蓋在仲裁程序，通常係由雙方當事人各選任一名仲裁人，而被聲請迴避之仲裁人通常為對造所選任者，因此，如排除該仲裁人參與仲裁庭，將使得仲裁庭僅餘聲請迴避之當事人所

---

<sup>15</sup> 模範法第13條之規定如下：於依據本條第3項規定下，當事人得自由地就仲裁人迴避聲請程序為約定（第1項）；當事人間未有此約定者，有意聲請仲裁人迴避之當事人，應於知悉仲裁庭組成或得知第12條第2項所定事由後十五日內，以書面載明聲請理由，向仲裁庭提出聲請。除被聲請迴避之仲裁人自動迴避，或他造當事人就迴避之聲請予以同意者外，仲裁庭應就仲裁人迴避之聲請為判斷（第2項）；如依當事人約定之程序或本條第2項所定程序，仲裁人迴避之聲請被駁回者，聲請人得於收到駁回判斷通知後三十日內，依本法第6條所定之法院或其他機構，就該聲請迴避事件為裁定。當事人對該裁定不得聲明不服。於此聲請繫屬中，包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭，得繼續進行仲裁程序，並作成仲裁判斷。

<sup>16</sup> MünchKommZPO-Münch, 2 Auf., 2001, § 1037, Rdnr.1.

選任之仲裁人及主任仲裁人，如此一來，仲裁庭之組成將失去平衡，而使得聲請迴避之當事人一造可能將受過度保護，反失其公平性。再者，僅餘二名仲裁人之仲裁庭通常難能立即地作成決定，而使得迴避聲請事件不能儘速地由法院介入獲得解決，將造成仲裁程序之拖延。<sup>17</sup>

奧地利在2006年修正通過之新仲裁法亦繼受模範法第13條之二階段模式，且明文規定，關於迴避之聲請，如被聲請迴避之仲裁人不自動迴避，或他造不同意迴避，則由「包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭」予以決定（奧地利民訴法第589條第2項），以避免形成僵局<sup>18</sup>。此外，由仲裁庭先自為判斷，可減輕直接由法院為審查之負擔，而正當化對於「無人得就自身事項為裁判」原則之推翻<sup>19</sup>。其實，在此修法以前，在奧地利向來之實務慣行上，早已認為是包括被聲請迴避之仲裁人在內。此次修正，僅不過是將之明文化而已<sup>20</sup>。

日本在2003年所制訂施行之新仲裁法第19條雖與我國法相同，僅規定就迴避之聲請由「仲裁庭」決定，而未如上述之德、奧立法例，在立法理由明示或條文明定包括「被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭」，然而，日本通說認為，此條規定既然係繼受模範法，所謂之仲裁庭，係包括被聲請迴避之仲裁人在內<sup>21</sup>。關於仲裁人迴避聲請程序，得基於當事人之合意而省略由仲裁庭為判斷（第一階段），直接由法院作成應否迴避之決定，而包含被聲請迴避仲裁人在內之仲裁庭所為駁回迴避之判斷，仍得進一步請求由法院為裁判，可確保仲裁庭決定之公正。<sup>22</sup>

我國民事訴訟法及相關程序法制多繼受德、奧、日本之立法例，上開各國之立法例，雖有晚於我國仲裁法之制訂而非直接繼受者，但其立法理由及相關討論，實有供吾人在對於仲裁法之規定為解釋論時，予以參考之處。仲裁法第17條有關仲裁人迴避聲請之程序，既然在立法理由中言明係參考模範法第13條第2項及第3項而定，又未明白規定，仲裁庭不包括被聲請迴避之仲裁人，且從立法過程之討論中，亦未見立法者有意排除被聲請迴避之仲裁人參與迴避聲請決定。在立法院司法委員會審查會時，有立法委員提出質疑：「被要求迴避的仲裁人本身不能參加表決，此時只剩下對方仲裁人及主任仲裁人二人，在此情形下所做仲裁公平嗎？有無後遺症？」當時法務部司長回答說明：「因仲裁程序中只有仲裁庭程序，除非略過此程序，否則只能由仲裁庭決定，而第16條也規定，如當事人對仲裁庭決定不服的話，也可聲請法院裁定。所以，此部分是，如自動迴避就無

<sup>17</sup> 參見德國聯邦眾議院立法資料：BT-Drucksache 13/9124, S. 46。

<sup>18</sup> Rechberger(Hrsg.), ZPO, 4. Aufl., 2014, §589, Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Liebscher/Oberhammer/Rechberger(Hreg.), Schiedsverfahrensrecht, Band I, 2011, S. 477.

<sup>20</sup> 參見：Reiner, Das neue österreichische Schiedsrecht-SchiedsRÄG 2006, S. 22, Fn. 84。

<sup>21</sup> 參見：小島武司/高桑昭編(2006)，《仲裁法》，頁114，青林書院；山本和彥/山田文(2015)，《ADR仲裁法》，第2版，2015年，頁336；小島武司/諸股孝史(2014)，《仲裁法》，頁227。

<sup>22</sup> 小島武司/諸股孝史，前揭註 21 書，頁 227。

問題，但若其不迴避而仲裁庭又駁回此聲請迴避事由時，仍可針對此決定向法院提出聲請，亦即由法院作最後裁決。」<sup>23</sup>從以上對話可知，基於二階段制之設計，由於仍得由法院就迴避聲請之正當性及仲裁庭之決定，為最後之審查、把關，於此所謂之「仲裁庭」，立法者意旨係包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭。

再從上述德國仲裁法之立法過程討論亦可知，之所以改變舊法規定，在仲裁程序就迴避聲請事件不採用與訴訟制度下相同之設計，係源自於仲裁與訴訟在制度目的上之若干差異，由於仲裁庭之組成方式與受訴法院並不相同，仲裁庭係由當事人於仲裁程序開始時始選任仲裁人而組成，於具體個別仲裁程序上，除該仲裁庭外，不存在有其他仲裁庭，而與法院之組織結構不同。因此，如排除被聲請迴避之仲裁人參與仲裁庭，並無其他仲裁人可以立即填補而重新構成仲裁庭，如重新選任仲裁人，且僅審查迴避聲請，恐增加程序之勞力、時間、費用，未必符合當事人選擇仲裁程序之本意。況且，仲裁庭之組成亦與法院之合議庭組成不同，依法組成之仲裁合議庭係由當事人各自選一仲裁人，而被聲請迴避之仲裁人通常多係為他造當事人所選任者，於此情形，僅餘二名仲裁人之仲裁庭結構（即由聲請迴避之當事人所選任之仲裁人及主任仲裁人所組成），反而失去平衡，而可能損及程序上平等。此外，僅餘二名仲裁人之仲裁庭，能否儘速作成過半數之決定，或可能產生一比一之僵局，阻礙當事人得儘速向法院聲請仲裁人迴避，反而不利於仲裁程序之迅速進行，實務上亦曾發生仲裁庭遲遲不為決定而引發當事人得否向法院聲請裁定之爭議。<sup>24</sup>更甚者係有可能使得仲裁程序逾六個月（最長

<sup>23</sup> 參見：立法院公報處（1997），《立法院公報》，86卷53期，頁110—111，台北：立法院。

<sup>24</sup> 參見：台北地院103年度仲聲字第5號裁定：「又當事人聲請法院裁定，係以「當事人不服仲裁庭之決定」為前提，至於仲裁庭逾法定10日期限而仍未作成是否迴避之決定，仲裁庭既未作成決定，當事人當然不得聲請法院裁定之（臺灣高等法院暨所屬法院民國88年法律座談會民事類提案第15號參照）」；臺灣高等法院1999年法律座談會第15號討論問題如下：（一）當事人甲請求相對人乙所選任之仲裁人A迴避，仲裁庭（仲裁人A、B、C）逾法定十日期限，遲遲不作決定，當事人甲可否於向仲裁庭提出請求迴避書狀十日後，逕聲請法院裁定之？甲說：肯定說。仲裁法第十七條第一項、第三項分別規定：「當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。」「當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四日內聲請法院裁定之。」係參考「一九八五年聯合國國際貿易法委員會國際商務仲裁模範法」第十三條第二項、第三項之規定而為之立法，至於仲裁庭逾法定十日期限而遲未作成是否迴避之決定，當事人可否逕聲請法院裁定之？法無明文規定，惟從仲裁庭逾期未作成是否迴避之決定，對於請求迴避者而言，是一種不利益，與仲裁庭決定駁回迴避之請求者無異，該請求迴避之人自可類推適用仲裁法第十七條第三項之規定，聲請法院裁定之，始為公允。本件當事人甲請求相對人乙所選任之仲裁人A迴避，仲裁庭（仲裁人A、B、C）逾法定十日期限，遲遲不作決定，當事人甲自可類推適用仲裁法第十七條第三項之規定，於向仲裁庭提出請求迴避書狀十日後，逕聲請法院裁定之。乙說：否定說。仲裁法第十七條第一項、第三項分別規定：「當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。」「當事人對於仲裁庭之決定不服者，得於十四日內聲請法院裁定之。」當事人聲請法院裁定，係以「當事人不服仲裁庭之決定」

九個月)之審理期限(仲裁法第21條第1項),如此一來,聲請迴避之當事人即得另行起訴(仲裁法第21條第3項),而企圖透過迴避聲請之方式而規避仲裁協議之拘束力,是否適當,均非無疑。

在模範法之所以就仲裁人迴避之聲請,採仲裁庭及法院之二階段模式,且包括被聲請迴避之仲裁人亦得參與決定,其理由之一在於促使仲裁人能自我檢視,是否確有應予迴避之事由,如此一來,即能迅速地解決迴避爭議。但如其不認為有應予迴避之事由,再由法院予以把關並為終局判定,仍能滿足對於判斷者獨立性、中立性之要求。況且,在二階段模式下,第一階段之審查是可由當事人約定完全予以省略(參見仲裁法第17條第1項但書),而僅由法院審查,此更突顯出第一階段之性質與訴訟審級架構下之第一審有所不同,而僅是促使仲裁人自我審查,如仲裁人不自動迴避,則由仲裁庭儘速作成判斷,以使當事人能另向法院聲請仲裁人迴避。而從上述機構仲裁之仲裁規則可見,如由仲裁機構為審查判斷者(如ICC仲裁規則或美國仲裁協會規則),僅一次性判斷即具有終局性,而不得再另向法院聲請仲裁人迴避,由此可見,在二階段模式下,由法院為第二階段之審查,應已足以保障當事人循仲裁程序以解決紛爭之程序權。

綜上所述,不論是基於立法意旨、目的性解釋或比較法方法,仲裁法第17條所謂之「仲裁庭」,應係包括被聲請迴避之仲裁人所組成者,如其參與仲裁庭而為迴避聲請之決定,應屬合法。<sup>25</sup>當事人之所以願意選擇循仲裁制度處理紛爭,正是因為仲裁制度具有不同於訴訟制度之特色,其中之一即為程序之進行能較迅速、經濟且具有彈性。在二階段模式下,使法院盡可能地迅速介入審查、判斷,決定仲裁人是否應予以迴避(而非僅撤銷仲裁庭之決定),最能有效地解決有關仲裁人迴避之爭議。因此,在迴避聲請程序之建構上,應顧及仲裁制度之特點,<sup>26</sup>而非一概完全套用民事訴訟之架構。

據此,不論是一位或二位仲裁人被聲請迴避,均由仲裁庭為第一階段之審查,在有二位仲裁人被聲請迴避之情形,由於當事人對其自行選定之仲裁人,除

---

為前提,至於仲裁庭逾法定十日期限而仍未作成是否迴避之決定,仲裁庭既未作成決定,當事人當然不得聲請法院裁定之。初步研討結果:採乙說。審查意見:(一)仲裁法既未規定仲裁庭逾期限不為決定者,當事人得向法院聲請裁定,該十日期限自係訓示規定,故採乙說。」參見:《臺灣高等法院暨所屬法院,民國八十八年法律座談會彙編》,頁 52-55。

<sup>25</sup> 持相同見解者,參見:許士宦、葉賽鶯、馬若梅之發言(2012),〈聲請仲裁人迴避相關問題研討會〉,《仲裁季刊》,95期,頁102、104、107;吳光明(2011),〈論仲裁人之選任與迴避〉,《仲裁季刊》,94期,頁105;吳從周(2012),〈請求仲裁人迴避之處理及其效力〉,《仲裁季刊》,95期,頁80;相反見解僅:范光群(2009),〈仲裁庭之組織〉,載於:中華民國仲裁協會出版,《仲裁法新論》,頁180。

<sup>26</sup> 關於仲裁之特色,參詳見:邱聯恭(2000),〈仲裁契約之妨訴抗辯效力〉,《程序選擇權論》,頁242,註12,台北:三民。

迴避之原因發生在選定後，或至選定後始知其原因者外，原則上不得請求該仲裁人迴避（仲裁法第16條第2項），因此，通常係對他造所選定之仲裁人或主任仲裁人聲請迴避，例如：當事人甲選任A為仲裁人，乙選任B為仲裁人，由A、B共推C為主任仲裁人（仲裁法第9條第1項），而甲就B聲請迴避，乙就A聲請迴避。於此情形，並非一當事人對二名仲裁人聲請迴避，其本質仍為（各）一仲裁人被聲請迴避之情形<sup>27</sup>，A、B、C所組成之仲裁庭應各就A之迴避事件與B之迴避事件予以判斷，而不宜由B、C就A事件為判斷；A、C就B事件為判斷，否則，判斷之標準因仲裁人不同之組成，亦可能歧異。再者，如甲就B、C聲請迴避，或（及）乙就A、C申請迴避，則為二仲裁人被聲請迴避，仍由A、B、C組成之仲裁庭就甲之聲請或（及）乙之聲請為判斷，而非僅由A或B仲裁人為判斷。

不過，如甲請求仲裁人A、B、C三人全部迴避，是否無庸先請求仲裁庭決定而可逕聲請法院裁定之？就此，有見解認為，仍應先由仲裁庭為決定，不論是仲裁人一人、二人、或三人併聲請迴避，並無不同。<sup>28</sup>本文認為，模範法就此並未就獨任仲裁人或合議庭中成員均受迴避聲請之情形另設有規定，如貫徹模範法之意旨，自會得出上開解釋結論。不過，我國仲裁法第17條第6項卻就獨任仲裁人之情形設有特別規定：「當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之。」其立法理由係認為：「獨任仲裁人即合議庭，別無其他仲裁人，難期待仲裁庭（獨任仲裁人）尚能為合理之決定。」而有不同於模範法之規定，在仲裁人三人均被聲請迴避之情形，類同於獨任仲裁人被聲請迴避，係裁判主體本身（合議庭）被聲請迴避，而非其中若干成員，因此，宜類推適用仲裁法第17條第6項規定，直接由法院為裁判。<sup>29</sup>

<sup>27</sup> 例如：台北地院104年仲聲字第3號裁定一案中，法院認為：「經聲請人於104年2月24日聲請羅OO主任仲裁人迴避，相對人亦於104年3月13日請求鄭OO仲裁人迴避，依上開最高法院民事判決意旨，實難期待2位被請求迴避之仲裁人尚能為合理之決定，是應類推適用仲裁法第17條第6項規定，向本院聲請仲裁人迴避，顯屬有據，合先敘明。」

<sup>28</sup> 許士宦，前揭註25文，頁102。

<sup>29</sup> 同本文見解，參見：葉賽鶯，前揭註25文，頁105；臺灣高等法院1999年法律座談會討論問題如下：「(二) 如當事人甲請求仲裁人A、B、C三人全部迴避，是否無庸先請求仲裁庭決定而可逕聲請法院裁定之？討論意見：(二)甲說：肯定說。仲裁法第十七條第一項、第六項分別規定：「當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。」「當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之。」由此可知，第一項之規定，係針對合議仲裁庭中「部分仲裁人」之請求迴避而設之規定；第六項之規定，係針對獨任仲裁人之請求迴避而設之規定，蓋獨任仲裁人即仲裁庭，別無其他仲裁人，故當事人請求仲裁人迴避者，難期仲裁庭（獨任仲裁人）尚能為合理之決定，故有第六項之規定。本件當事人甲請求仲裁人A、B、C三人全部迴避，亦無其他仲裁人，亦難期三位被請求迴避之仲裁人尚能合理之決定，故於此種情形，應類推適用仲裁法第十七條第六項之規定，可無庸先請求仲裁庭決定而可逕聲請法院裁定之。乙說：否定說。仲裁法第十七條第一項、第六項分別規定：「當事人請求仲裁人迴避者，應於知悉迴避原因後十四日內，以書面敘明理由，向仲裁庭提出，仲裁庭應於十日內作成決定。但當事人另有約定者，不在此限。」「當事人請求獨任仲裁人迴避者，應向法院為之。」由此可知，第一項之規定，係針對合議仲裁庭中

## 2、被聲請迴避之仲裁人不參與迴避聲請之決定是否合法？

如上所述，關於仲裁人迴避聲請之決定，於第一階段應由包含仲裁人在內之仲裁合議庭作成判斷，但被聲請迴避之仲裁人如即不參與就此聲請之審查、判斷，得否由另二位仲裁人作成判斷？或有仲裁庭之組織不合法情事？其裁判是否應予以撤銷？

被聲請迴避之仲裁人如僅就迴避之聲請不參與仲裁庭之評決，而非辭退或拒絕擔任仲裁人，亦無延滯履行仲裁任務之情事，即不該當於仲裁法第13條得聲請重新選定仲裁人之事由；而仲裁庭仍係由三名仲裁人所成立、組成，被聲請迴避之仲裁人仍為仲裁庭之一名成員，因此，亦符合仲裁法第1條規定，由「單數之數人成立仲裁庭」之規定，難謂為組織不合法；仲裁法第33條第3項又係針對仲裁人拒絕於仲裁判斷書簽名之規定，而未就仲裁人未參與評議之其他情形明定之。因此，此種情形應涉及仲裁法所未明文規定之程序事項，得由仲裁庭裁量認可，在被聲請迴避之仲裁人缺席（自行迴避）下，由另二名仲裁人以過半數意見就迴避之聲請作成決定，此涉及缺角仲裁庭之問題。

仲裁庭之組成方式與法院之合議庭有其本質上差異，一方面仲裁人非職業法官；另一方面，仲裁庭係由雙方當事人各選任一名仲裁人後，再由各該仲裁人共同推選第三仲裁人為主任仲裁人（仲裁法第9條第1項），在個案中，亦僅有此一仲裁庭，而再無其他仲裁人可隨時替補而重新組成仲裁庭。在仲裁程序中，仲裁人極可能因各種原因而辭退或不履行仲裁任務，因此，仲裁法規定有仲裁人出缺時應如何處理之規定（仲裁法第13條）。仲裁人之一如在程序早期階段即出缺，固然應循仲裁法第13條規定，重新選定仲裁人而重組仲裁庭，始為合法。不過，仲裁人如未表明辭退之意，而僅在特定之程序階段不參與審理，或不參與評議，甚至是到程序之最後階段，始拒絕作成仲裁判斷或不於仲裁判斷簽名，此時如仍應依仲裁法第13條規定重選仲裁人以重組仲裁庭，或採取同於訴訟法之理解而認

---

「部分仲裁人」之請求迴避而設之規定；第六項之規定，係針對獨任仲裁人之請求迴避而設之規定。本件當事人甲請求仲裁人A、B、C三人全部迴避，既係請求合議仲裁庭之仲裁人迴避，自應適用仲裁法第十七條第一項之決定先請求仲裁庭決定，不得逕聲請法院裁定之。初步研討結果：採甲說。審查意見：(二) 採甲說。研討結果：照審查意見通過。」

「仲裁庭之組織不合法」，恐將使得仲裁制度無從發揮解決紛爭之機能，並浪費當事人於仲裁程序上所花費之勞力、時間、費用，且易使當事人藉其所選任之仲裁人而干擾仲裁程序之順暢進行，亦即，於其認為將可能受不利判斷時，即由其所選任之仲裁人拒絕參與評議或仲裁判斷，以使仲裁判斷難能作成。

有鑑於此，國際仲裁實務上多承認「缺角仲裁庭」(truncated tribunal)之合法性。所謂之「缺角仲裁庭」係指，仲裁庭中之一名仲裁人雖有機會協力參與仲裁程序、評議(評決)並作成仲裁判斷，但其卻不為參與，而此不僅是在最後階段始拒絕於仲裁判斷書上簽名，亦可能發生在此之前，在評議或詢問、調查的階段即不參與仲裁程序。此時，為避免仲裁程序受到延滯，得由仲裁庭決定是否由其餘二名仲裁人在過半數意見下作成仲裁判斷。

模範法就此雖未有直接明文規定，不過，德國通說認為，基於模範法第15條之規定，缺角仲裁庭具有合法性。蓋模範法第15條雖係有關於仲裁人出缺之規定，但從此條規定亦可得知，關於仲裁人單純不參與仲裁程序一事，並不包括在該條規定之範圍，此毋寧是未明文規定之事項，而容許由仲裁庭決定，是否採取缺角仲裁庭之方式繼續仲裁程序並為仲裁判斷。此外，亦有認為，從模範法第14條有關於仲裁人未能履行職務而終止仲裁任務、第19條第1項有關於仲裁程序進行之規定得由仲裁庭決定、第29條有關於仲裁庭之判斷以過半數意見定之、第31條第1項仲裁判斷得僅由仲裁庭之多數仲裁人簽名，並附記省略簽名之理由等規定為體系性考察，亦可推論出缺角仲裁庭之合法性<sup>30</sup>。為杜絕爭議，德國新仲裁法於1997年制訂時，即於該法第1052條第2項明定：「一名仲裁人如拒絕參與評議時，除當事人另有規定外，其餘仲裁人得在該人缺席下進行評決。如可預見將在一名仲裁人缺席下作成仲裁判斷時，應於事前通知當事人；於其他決定時，應於事後通知當事人仲裁人拒絕評決之情事。」

在我國之仲裁制度下，亦可承認缺角仲裁庭。蓋我國仲裁法雖未有同於德國法之規定，但亦係參考模範法而制訂。上述模範法之規定，與我國仲裁法第13條、第19條、第32條第2項及第33條第3項相同。再者，仲裁程序如係機構仲裁而在中華民國仲裁協會進行者，依中華民國仲裁協會仲裁規則第43條第2項規定：「仲裁人無正當理由不參與評議或拒絕在判斷書上簽名，當事人得於收受判斷書後三十日內請求減免給付仲裁費。」由此條規定可見，在中華民國仲裁協會所進行之仲裁程序，關於缺角仲裁庭之情形，除拒絕在仲裁判斷書上簽名者外，尚明文承認仲裁人「不參與評議」時，仲裁庭仍得以過半數之仲裁人作成仲裁判斷。

---

<sup>30</sup> 參見：德國杜賓根大學2008年博士論文：Thorsten Häberlein, Unwilligkeit im nationalen und internationalen Schiedsverfahren, 2008, S. 237, 及所引註1193、1194，此本論文可在德國杜賓根大學圖書館網頁讀取：  
[http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2008/3288/pdf/D050308\\_Thorsten\\_Haerberlein.pdf](http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2008/3288/pdf/D050308_Thorsten_Haerberlein.pdf)



此條規定就涉及程序事項（例如：迴避聲請）之評議決定，自應有其適用。因此，亦可承認缺角仲裁庭之合法性，並得將缺角仲裁庭之理論援用於解決被聲請迴避之仲裁人不參與迴避決定之情形。況且，如上所述，被聲請迴避之仲裁人如係對造當事人所選任者，僅由另二名仲裁人就迴避聲請為決定，此在結構上反而對聲請人有利，其應無否定此種型態之缺角仲裁庭而有值得受保護之利益。再者，就本案法律關係之仲裁判斷既然可承認仲裁人之一拒絕簽名（此為缺角仲裁庭之一種情形），亦屬合法，則就程序事項之判斷，更應採取盡可能迅速作成而避免仲裁程序延滯之方式，因此，就仲裁人迴避聲請之判斷，採取缺角仲裁庭之方式，如亦能有助於程序之迅速進行，宜承認具有合法性。

### 3、仲裁庭是否應作成決定書並附具理由？

關於迴避聲請之決定，在性質上屬於仲裁庭就**程序問題之中間決定**（Zwischenentscheide），由於非涉及本案請求之判斷，而不同於所謂之「中間（仲裁）判斷」（Zwischenschiedssprüche，interim awards）。屬於仲裁之中間決定者，例如：仲裁法第22條有關仲裁管轄權異議之決定（於認有管轄權之情形）、仲裁法第29條有關仲裁程序違反仲裁法或仲裁協議之異議之決定、以及仲裁法第17條有關仲裁人迴避聲請之決定。

關於仲裁程序之中間決定，因為非屬終結仲裁程序之仲裁判斷，自不適用仲裁法第33條。應以何形式為之，仲裁法並未明文規定。**關於仲裁迴避聲請之決定，亦如同其他中間決定，在德國通說認為，係不拘形式。因此，並無應作成書面決定之要求<sup>31</sup>。**就我國法而言，宜採相同之見解，蓋本於仲裁程序之迅速性要求及迴避聲請之二階段制，如要求仲裁庭就迴避聲請之駁回決定應為書面決定並附理由，可能對於仲裁程序之進行造成延滯；況且，在迴避聲請之二階段制設計下，如前所述，法院是作為外部之監控者，而非仲裁庭之上級審性質，二者間並無上、下審級之關係。因此，仲裁庭之決定理由為何，是否正當，並不同於在審級制下成為上級審法院審查之對象，法院僅需直接針對聲請人之聲請是否有理由為判斷。因此，仲裁庭對於迴避聲請之決定，其理由如何，並不重要，而無以書面附理由之必要。此外，在仲裁法之前身，商務仲裁條例第11條有關仲裁人迴避之聲請，本條規定直接向法院聲明拒卻。之所以改採模範法及多數國家所採用之二階段制，如前所述，其制度目的係為使仲裁庭能先行自我檢視，仲裁人是否確有聲請人所指出應予迴避之事由，而促其迴避，即可省卻法院之介入，使仲裁程序能較為迅速地進行。因此，如仲裁人不自行迴避，仲裁庭之決定，在

---

<sup>31</sup> 參見德國民事訴訟法之權威注釋書：Stein/Jonas/Schlösser, § 1037 ZPO, 22 Aufl., 2002, Rdnr. 5.

制度設計下，亦應指向於儘可能以最迅速之方式作成，且以不拘形式之方式為之。仲裁庭得視事件特性、需求而以正式之決定書、以評議記錄代決定書，或以言詞方式而經記載於庭期筆錄，於向當事人表示其決定。

至於當事人對於仲裁庭之決定不服時，得於十四日內聲請法院裁定之，但從何時起算十四日之期間？德國法上明訂，自「知悉」時，如前所述，德國通說認為，就迴避聲請之決定係不拘形式，因此，如仲裁庭未作成書面決定，自難以自送達時計算；縱然仲裁庭作成書面決定，亦未必應以正式之送達方式使當事人知悉。我國仲裁法上就此並未明文規定，依仲裁法第19條規定，仲裁庭可依其認為適當之程序方式為之。既然仲裁庭得不以書面方式作成決定，因此，自難以送達之時，作為計算時點。因此，亦宜採德國法之方式（即模範法亦同），從當事人「知悉」時，作為是否遵守向法院聲請之不服期間十四日，而非自送達時。退萬步言，縱然仍認為要以「送達」方式，通知當事人有關迴避聲請之決定，亦未必要以正式之書面決定書為送達，亦得以記載駁回聲請意旨之筆錄代替決定書而送達，此亦應屬於仲裁庭關於程序進行方式之裁量範圍（仲裁法第19條）。

## 參、法院就仲裁人迴避聲請之處理程序

當事人如不服仲裁庭之決定(包含實體上迴避事由之該當性判斷或質疑其程序不合法)，而向法院聲請裁定(仲裁法第17條第3項)時，此第二階段程序與第一階段仲裁庭決定程序之關係為何？法院是否應廢棄仲裁庭之決定而再由仲裁庭另為決定，或應自為判斷？

### 一、實務見解

高雄地方法院103年度仲聲字第1號裁定一方面撤銷仲裁決定：「中華民國仲裁協會民國一〇三年一月六日所作成「聲請駁回」之一〇二年度仲雄聲義字第〇〇七號仲裁決定應予撤銷。」，但另一方面，就聲請人所聲請之「主任仲裁人施○○應迴避擔任系爭仲裁事件之主任仲裁人」則予以駁回，其理由為：「查系爭仲裁事件係組成仲裁庭為之，於本院撤銷系爭仲裁決定後，揆諸上開規定，即應由合法組成之仲裁庭就主任仲裁人施○○應否迴避乙事，作成決定，於合法組成之仲裁庭作成該決定前，本院無從介入審酌，故此部分之聲請意旨，為無理由，

應予駁回。」<sup>32</sup>；同院101年度仲聲字第10號裁定理由更言明：「若純係就仲裁法第17條之「仲裁庭」所為之解釋而言：因最高法院至目前為止，就此部分所表示過之最新見解，仍認被聲請迴避之仲裁人，不得參與是否迴避之評決（決定），已詳如前述，而系爭決定書仍決定不予依循，認其與仲裁制度貴在迅速、經濟解決當事人爭議之本旨相違背云云。惟查，仲裁庭若依此見解而逕為決定，雖達仲裁程序迅速、經濟之目的，亦只是讓部分當事人願接受該決定者停止繼續爭執，對此範圍內之當事人固有其效用；但其若有不服，而向法院提出撤銷聲請，依目前最高法院實務之見解，似難維持仲裁法第17條之「仲裁庭」係包括原被聲請迴避之仲裁人加入之仲裁庭在內。如此，撤銷發回後，再補正程序，反使仲裁程序欲達到迅速、經濟之目的無法達成，更致拖延。」<sup>33</sup>「……若認程序上被聲請迴避之仲裁人既被懷疑欠缺中立性，足使仲裁程序之正當性及基本原則受到影響，而撤銷其決定，反而使仲裁程序受到阻礙或回到原點再行補正，反更不利於仲裁程序迅速進行之目的。」

## 二、本文見解

實則，在二階段模式下，第二階段之法院程序並非第一階段之上級審，蓋仲裁庭並非法院組織結構之一部分，而無上、下審級之隸屬關係，第一階段與第二階段係各自獨立之程序<sup>33</sup>，如前所述，第一階段之目的係為促使仲裁人自我審查，亦可因當事人之約定而省略第一階段。因此，第二階段之法院應直接就被聲請迴避之仲裁人是否該當於仲裁法第16條第1項之迴避事由為判斷，而不論仲裁庭之組織是否合法（被聲請迴避之仲裁人是否參與判斷或是否僅有二位仲裁人而非奇數）以及其他之程序瑕疵。如認聲請人所主張者不該當於迴避事由，應駁回聲請；如認該當於迴避事由，則應命該仲裁人予以迴避，此裁定即依仲裁法第17條規定「不得聲明不服」，而具有終局性，如此始能有效、迅速地一舉解決有關仲裁人迴避聲請之爭議，而不應僅就仲裁庭之決定予以撤銷，由仲裁庭再另為決

---

<sup>32</sup> 同類見解亦可見於：台北地院 100 年度仲聲字第 7 號裁定主文：「中華民國仲裁協會民國一百年六月十四日所作成「聲請駁回」之九十九年度仲聲義字第十六號仲裁決定書應予撤銷。」，其理由為：「對於由仲裁庭適用之迴避程序者，與獨任仲裁人適用之迴避程序不同，由仲裁庭適用之迴避程序，需仲裁決定先行，亦即，於仲裁庭為應否迴避之決定後，當事人不服該決定，始由法院判斷其不服是否有理由。故系爭仲裁程序係由仲裁庭所為，於本院撤銷系爭仲裁決定後，依仲裁法第 17 條規定，仍應由合法組成之仲裁庭就主任仲裁人謝 OO 應否迴避之事，做成決定後，始由法院判斷聲請人主張其應迴避是否有理由，從而，本件應由本院將系爭仲裁決定書撤銷後，另由合法組成之仲裁庭，就系主任仲裁人謝 OO 迴避事項為適法之決定。」

<sup>33</sup> 參見：吳從周，前揭註 25 文，頁 83-84。

定。仲裁人迴避爭議之第二階段審查係不同於撤銷仲裁判斷之訴的性質，因此不需審查是否構成撤仲事由（例如：仲裁法第40條第1項第4款「仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者」），而本於該事由撤銷仲裁決定。況且，正是因為法院不就仲裁庭應否迴避自為決定而僅撤銷仲裁庭之決定，才會發生實務見解所述之「不利於仲裁程序迅速進行」之結果，又豈可以此再作為反對之理由。

在德國實務上，亦一再重申：於當事人在第一審階段請求仲裁人迴避而無結果時，依德國法，得在一個月內向法院聲請仲裁人迴避，於第二階段，法院並不審查仲裁庭關於迴避聲請所為決定之當否，而係直接審查迴避聲請本身是否有理由，亦即對於仲裁人獨立性或中立性之懷疑是否有理由<sup>34</sup>。第二階段之程序並非對於仲裁庭決定之救濟程序，而是關於迴避聲請之獨立程序，第一階段仲裁庭之決定程序僅是法院之前置程序，而由國家之法院就迴避事由之存否為終局判斷。在第一階段之仲裁庭組織不合法及其他可能之程序瑕疵，僅有在因此而引發法院合理懷疑被聲請迴避之仲裁人所具之中立性及獨立性時，始具有意義。如被聲請迴避之仲裁人不參與決定，由於此瑕疵非上述情形，並不受第二階段之法院審查；<sup>35</sup> 而被聲請迴避之仲裁人無論是正確或不正確地參與迴避聲請之決定，於法院就迴避聲請為裁定時，亦不具有重要性<sup>36</sup>。

## 肆、仲裁程序應否停止或得繼續進行

在迴避聲請事件繫屬中，不論是在第一階段，仲裁庭為准駁決定前，或是在第二階段，亦即仲裁庭已駁回迴避聲請，當事人又依法向法院提出迴避聲請時，仲裁程序是否應當然停止（即準用民事訴訟法第37條規定），或仲裁庭得繼續進行仲裁程序為審理，甚至作成仲裁判斷，或亦得裁定繼續進程序？就此，實務及學說上有不同見解。

---

<sup>34</sup> OLG München, MDR 2006, 946; OLG München, NJOZ 2014, 1777.

<sup>35</sup> OLG München, MDR 2006, 946.

<sup>36</sup> OLG München, NJOZ 2014, 394.

# 一、實務及學說見解

認為應準用民事訴訟法第37條規定而當然停止程序者，例如：臺北地院100年度仲聲字第7號裁定謂：「……然民事訴訟法第37條第1項規定之應停止訴訟程序係屬當然停止，毋庸為停止訴訟程序之裁定，故依準用民事訴訟法第37條第1項規定之結果，聲請人經聲請主任仲裁人謝OO迴避，系爭仲裁程序即當然停止」。

不過，高雄地院100年聲再字第5號裁定則認為，得進行仲裁程序而不準用民事訴訟法第37條：「又依同法第30條第5、6款規定當事人主張仲裁人欠缺仲裁權限（同法第16條第1項第1款之迴避事由），或其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由（包括同法第40條第1項第5款被聲請迴避而仍參與仲裁者），經仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序並為仲裁判斷，業已明文規定該欠缺仲裁權限或被聲請迴避之仲裁人，於經認定無仲裁權限或應迴避前仍得參與判斷，核與民事訴訟法第37條應停止訴訟程序之規定迥異，可知仲裁法第19條規定關於此部分聲請仲裁人迴避之程序，當無再準用民事訴訟法之餘地。」

此外，學說上有下述不同見解：（1）第一種見解認為，應區分為聲請迴避之審查程序係在第一階段或第二階段而定，如在第一階段，仲裁庭尚未作成決定前，仲裁程序之進行較欠缺正當性，且由於暫停期間僅有十天，應不致於有違仲裁程序迅速終結之特性；但第二階段時，則仲裁程序係「得」停止，而非當然停止，但是原則上停止，由仲裁庭決定是否繼續仲裁程序；<sup>37</sup>（2）第二種見解則認為，仲裁庭認為當事人迴避之請求無理由時，依仲裁法第30條第6款規定，仍得進行仲裁程序，如認為請求非無理由者，則可依仲裁法第19條準用民事訴訟法第37條規定，停止仲裁程序。因此，仲裁程序是否繼續或停止，仲裁庭應有決定權。<sup>38</sup>

# 二、本文見解

在迴避聲請事件繫屬中，不論是在第一階段或在第二階段，仲裁庭均得視事件之性質、爭議之狀況、迴避聲請被容認及仲裁判斷被撤銷之可能性等各種因素，以決定仲裁之本案審理程序是否停止進行，仲裁程序非「應」停止，而是「得」停止進行<sup>39</sup>，換言之，仲裁庭得考量仲裁事件中之具體各種利益關係而裁量決

<sup>37</sup> 吳從周，前揭註 25 文，頁 92。

<sup>38</sup> 范光群，前揭註 25 文，頁 181。

<sup>39</sup> 但有文獻將本文作者見解歸類為否定說，恐有誤解，參見：吳從周，前揭註 25 文，頁 89。

定，是否停止或繼續進程序。其理由如下：

依仲裁法第30條，下列各款事由，仲裁庭認當事人之主張無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷，此包括：（1）仲裁協議不成立、（2）仲裁程序不合法、（3）違反仲裁協議、（4）仲裁協議與應判斷之爭議無關、（5）仲裁人欠缺仲裁權限、（6）其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由。「仲裁人應予迴避」一事，應可認為屬於第5款或第6款之情形。蓋仲裁法第30條之立法理由謂：「參考聯合國國際商務仲裁模範法第13條第3項後段、第16條第3項後段及德國民事訴訟法第1037條、日本民事訴訟法第797條規定，增訂本條文，以符程序經濟之目的。」而聯合國國際商務仲裁模範法第13條第3項後段正是規定：「仲裁迴避聲請事件繫屬中，包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭得繼續進程序，並為仲裁判斷。」，此規定並成為德國民事訴訟法第1037條之範本。<sup>40</sup>德國民事訴訟法第1037條第3項第2段亦明訂：「在迴避聲請事件繫屬中，**包括被聲請迴避之仲裁人在內之仲裁庭得繼續進程序，並為仲裁判斷**」<sup>41</sup>奧地利在2006年甫修正通過之新仲裁法亦採取同樣之立法（奧地利民事訴訟法第589條第3項第2段），連文句幾乎完全相同。<sup>42</sup>我國學者中有將德國法此條規定之解釋論區別為通說（不停止程序）及利益衡量決定說<sup>43</sup>，但此種區分恐亦產生誤解而認為德國通說係一概均不停止，但實則不然。利益衡量決定說僅不過是提供「得」繼續進行仲裁程

<sup>40</sup> 德國仲裁法係規定於德國民事訴訟法典中第十編。於 1985 年模範法制定以後，德國聯邦政府於 1991 年 10 月間組成專家委員會著手草擬仲裁法修正條文，於 1996 年 3 月向國會提出修正草案，歷經一年多之討論，德國國會於 1997 年 12 月間通過修正條文，並訂於 1998 年 1 月 1 日開始施行。我國仲裁法則由行政院於 1997 年 7 月間提出草案於立法院，於 1998 年 6 月 24 日修正公布，並自公布日後六個月施行，在時間上略晚於德國，但相當接近。顯見在模範法制定以後，在國際間均產生一定之影響，而我國對於仲裁制度之國際化、健全化與重視，亦不亞於德國。也因為在時間上之接近，於仲裁法第 30 條之立法理由中所參考之德國民事訴訟法第 1037 條究竟為德國舊條文或新條文，從立法資料上並不可考。縱然是參考德國舊條文第 1037 條規定，而舊條文雖未如新條文明定得繼續進行仲裁程序，但德國通說也認為，在舊條文下（so wie auch schon § 1037 aF），仍得繼續進行並終結仲裁程序。參見：MünchKommZPO-Münch, 2 Aufl., 2001, § 1037 Rdnr. 11.更何況，我國仲裁法第 30 條比起德國舊第 1037 條規定之事由更為廣泛，特別是第 30 條第 6 款有一概括規定：「其他得提起撤銷仲裁判斷之訴之事由」。因此，當事人一造如於仲裁程序上主張，仲裁人有應迴避之事由，且經提出迴避聲請，但該仲裁人卻不迴避而仲裁庭仍繼續進程序並為仲裁判斷，可能構成仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款撤銷仲裁判斷之事由，但仲裁庭卻認為，仲裁人並無應迴避之事由，而不該當於撤銷仲裁判斷之事由時，依仲裁法第 30 條第 6 款規定，仲裁庭仍得繼續進行仲裁程序，並作成仲裁判斷，惟其必須承受仲裁判斷嗣後被予以撤銷，而有損仲裁人名望之風險。

<sup>41</sup> 該條文原文如下：Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschließlich des abgelehnten Schiedsrichters das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.。

<sup>42</sup> 該條文原文如下：Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschließlich des abgelehnten Schiedsrichters das Schiedsverfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.

<sup>43</sup>參見：吳從周，前揭註 25 文，頁 87-88。

序之考量因素。在程序法之法解釋學上，得由裁判者決定之事項，本就必須考量程序上各種要素及利益（含當事人之實體利益與程序利益之兼顧、法院及當事人之勞力、時間、費用之節省、訴訟經濟、公平性等），而為合義務性之裁量判斷（*das pflichtgemäße Ermessen*），並非恣意決定，於仲裁程序之仲裁庭亦然。

我國仲裁法第17條雖未直接規定仲裁程序是否應停止或得進行之問題，但從仲裁法第30條規定之立法理由可見，立法者係有意將仲裁程序停止之問題，整體規定於仲裁法第30條，亦即，宣示一個**基本原則：有關仲裁之程序上爭議，在該項程序爭議確定前或繫屬中，仲裁庭「得繼續進行仲裁程序，並為仲裁判斷」**。因此，於仲裁法第17條之處即未再重複規定，而非疏漏未定。既然仲裁法已有所規定，依仲裁法第19條規定，除當事人間另有特別規定外，應優先適用仲裁法，而無準用民事訴訟法上有關法官迴避規定之餘地。

從模範法之規定亦可知，只要迴避爭議繫屬中，仲裁庭均得繼續就本案為審理，因此，仲裁庭亦得與本案之仲裁判斷作成之同時，一併就迴避聲請為決定，我國仲裁法第30條亦應為相同之解釋，蓋仲裁法第30條規定「仲裁庭認其無理由時，仍得進行仲裁程序，並為仲裁判斷」，此可包括仲裁庭於認迴避聲請為無理由之時，一併為仲裁判斷，而無先後之別。上述第一種見解之論者認為第一階段時應停止程序，蓋僅有十天云云，然而，仲裁法第17條第1項之十日，僅是訓示規定，仲裁實務上亦有多超過十天而拖延甚久之情形，況且，亦難從仲裁法上求得就第一階段及第二階段區別停止程序之法律上依據。至於仲裁庭如認為迴避聲請為理由時，即應作成應予迴避之決定，該仲裁人自不得再參與仲裁庭，但仲裁程序仍應繼續進行，而由當事人另行選定仲裁人，或共推主任仲裁人，重新組成仲裁庭。否則，如停止仲裁程序，於此段期間，當事人是否能為選定仲裁人之程序行為，恐非無疑。

由於當事人可能濫用迴避制度而妨礙、拖延仲裁程序之進行，因此，即使是在法官迴避聲請事件，雖原則上應停止訴訟進行，但亦規定有例外情形，如「顯係意圖延滯訴訟而為者」（民事訴訟法第37條第1項但書），受訴法院得不停止訴訟。於仲裁程序，基於程序之迅速性要求，且為能在法定期限內作成仲裁判斷，更應承認仲裁人得視事件之狀況而裁量決定是否應停止仲裁程序。

退萬步言，縱然認為就此問題，立法者未在仲裁法上明定之。但仲裁法亦未明文規定，於迴避聲請事件繫屬中，仲裁人應停止訴訟。因此，依仲裁法第19條規定，是否準用民訴法第37條規定，則由仲裁人依個案予以決定，由於個案之情形不完全相同，而不宜認為應一概準用或不準用。

不過，仲裁庭如決定繼續進行本案之仲裁程序，且又作成仲裁判斷，則必須

冒著仲裁判斷可能被撤銷之風險，蓋在第二階段受理迴避聲請之法院如認為迴避聲請為正當，仲裁人應予以迴避，而聲請迴避之當事人又受不利之仲裁判斷時，其仍得提起撤銷仲裁判斷之訴（該當於仲裁法第40條第1項第5款之事由）。此外，仲裁庭如就迴避聲請之決定與仲裁判斷一併作成，而呈現於仲裁判斷，此時，仲裁程序已終結，聲請迴避之當事人雖難再進行第二階段由法院審查之程序（迴避聲請已無實益），但仍得循撤銷仲裁判斷之訴以資救濟。當事人如提起撤銷仲裁判斷之訴，不僅將損及仲裁人之名聲，亦將增加當事人之勞力、時間、費用，而不利於當事人之程序利益保護，因此，仲裁庭在決定是否繼續進行仲裁程序時，仍宜審慎為之。

## 伍、撤銷仲裁判斷之事由

### 一、仲裁法第 40 條第 1 項第 5 款規定 之適用與迴避裁定之效力

迴避裁定之效力為何？於撤銷仲裁判斷之訴，是否具有拘束力？此與仲裁法第40條第1項第5款之規定應如何解釋有關，可分成下列三種情形分別討論：

#### （一）法院就迴避聲請所為之准駁裁定，原則上

#### 具有確定力

仲裁法第17條第4項規定，當事人對於法院就迴避聲請所為之裁定，不得聲明不服。因此，迴避聲請事件之法院如已就是否具迴避事由為實質審理、判斷，則不論是在仲裁判斷作成前或作成後為裁定，該裁定均具有確定力，當事人不得再就同一事由予以爭執。<sup>44</sup>此又可分為以下兩種情形：

- 1、法院作成應予迴避之裁定者：如前所述，仲裁庭於迴避聲請事件繫屬中，不停止程序，但仲裁人如未迴避而參與仲裁，並為仲裁判斷，又經第二階段

---

<sup>44</sup> 參見：Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., 2005, Rdnr. 24-25.



之法院認迴避聲請有理由（即經法院審理後認為具備應予迴避之事由）時，則該裁定不論在仲裁判斷作成前或作成後為之，皆構成仲裁法第40條第1項第5款之事由「被聲請迴避而仍參與仲裁者」，又非但書之情形，如足以影響仲裁判斷者（同條第3項），法院應撤銷仲裁判斷。

- 2、法院為駁回聲請之裁定者：於此情形，由於已符合仲裁法第40條第1項第5款但書所規定之「迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限」，撤銷仲裁判斷之訴的受訴法院即無庸且不應再就是否該當於「被聲請迴避而仍參與仲裁」一事為審理。蓋就迴避聲請由法院所為之駁回裁定既然已具有確定力，當事人不得再執同一事由提起撤銷仲裁判斷之訴，受訴法院亦不得再為審理，或為相反之認定。當事人亦不能再主張，原裁定有所錯誤，客觀上係存在有應予迴避之事由。當事人如以此為理由而提起撤銷仲裁判斷之訴，基於迴避裁定之確定力，受訴法院即應將該訴訟予以駁回。此外，如前所述，仲裁程序是否停止，由仲裁庭為決定，其得裁量繼續進行，因此，既然被聲請之仲裁人亦無迴避之事由，在不停止程序下，於法院為裁定前，由其參與所為之仲裁判斷，亦無不合法可言（即不該當於仲裁法第40條第1項第4款）。

## （二）法院之迴避駁回裁定例外不具有確定力

者：應由撤銷仲裁判斷之訴的受訴法院就是否具

### 備應予迴避之事由為審理

在仲裁庭駁回迴避聲請後，當事人雖在法定期間內向法院提出迴避聲請，但仲裁庭不停止程序而作成仲裁判斷時，如法院知悉仲裁程序已終結且認迴避聲請已無實益，得以仲裁程序已終結為理由，將迴避聲請駁回。於此情形，雖然形式上看似亦符合仲裁法第40條第1項第5款但書規定「迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限」，不過，由於該駁回裁定未就迴避事由為實質審查，因此，不宜承認具有如上所述之確定力，而應使當事人得例外地循撤銷仲裁判斷之訴予以救濟。亦即，其得在撤仲訴訟中再主張被聲請迴避之仲裁人有應迴避事由而仍應參與仲裁，並由受訴法院審理、判斷是否確有該事由之存在。蓋此駁回裁定未就聲請人所主張之迴避事由為實質審理，形同未踐行第二階段，因此，就迴避事由之存否，自不生確定力，而難認該當於但書之情形「迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限」。受不利仲裁判斷之當事人，得以同一迴避事由提起撤銷仲裁判斷之訴，並由受訴法院就是否具有應迴避之事由為審理、判斷，而在撤銷仲裁判斷之

訴完成第二階段（即法院）之把關，此項見解亦為德國聯邦最高法院所採<sup>45</sup>。

在此應強調的是，於撤銷仲裁判斷之訴，受訴法院必須審查，是否確有應予迴避之事由，而非僅因為被聲請迴避之仲裁人參與仲裁。如前所述，仲裁庭依法得不停止仲裁程序，以避免程序延滯，因此，仲裁判斷之所以不能維持其效力而應予撤銷之程序上重大瑕疵，並非仲裁程序未停止且被聲請迴避之仲裁人亦參與之，而是因為該仲裁人欠缺中立性，此使得仲裁程序之正當性及基本原則受到嚴重影響、破壞。此項程序上瑕疵，由於係非當事人之因素而不能及時地在仲裁程序上予以排除，則最後僅能透過撤銷仲裁判斷之訴予以救濟、糾正。因此，在撤銷仲裁判斷之訴，受訴法院應審理之重點，並非仲裁人是否曾參與程序一事，而是仲裁人是否具備應予迴避之事由。如經審理後認無應予迴避之事由，則仲裁人之中立性要求並未受到影響，仲裁程序並無瑕疵，仲裁判斷自不應被撤銷，以維持法的安定性及發揮仲裁制度解決紛爭之機能；但如經法院審理後認確有應予迴避之事由，則仲裁判斷因存在有此項程序上之重大瑕疵、違誤，自不能受到維持，而應予撤銷。受訴法院不宜未經審理仲裁人是否具有應予迴避之事由，而僅因仲裁人參與仲裁，即將仲裁判斷撤銷。否則，將可能產生極為不當之結果，亦即，當事人一造於仲裁程序即將終結且預測可能受不利仲裁判斷時，均一概提出迴避聲請，並於受不利仲裁判斷後，即可透過撤銷仲裁判斷之訴途徑將仲裁判斷予以撤銷，而不論仲裁人是否具有應予迴避之事由。此種解釋將使迴避聲請制度容易遭到濫用，且嚴重破壞仲裁制度所具有之解決紛爭機能及法之安定性，殊不足採。

德國聯邦最高法院亦認為，基於法安定性、法和平之要求，以及發揮仲裁制度解決紛爭之機能，在仲裁判斷作成以後，在聲請撤銷仲裁判斷之程序上，原則上不能再主張仲裁人有應予迴避之事由，僅有於例外情形，始准許之。即使仲裁人未依法揭示可能之迴避事由，但仲裁程序之當事人如未及時地在仲裁程序上依迴避聲請程序之相關規定聲請迴避，則不能事後再於聲請撤銷仲裁判斷之程序上予以主張。除非有顯然、重大之偏頗事由存在，且當事人亦不能在仲裁程序主張應予迴避者<sup>46</sup>。在英國之法院亦認為，不能僅因為仲裁人違背揭示義務，即可率然將仲裁判斷予以撤銷，而必須是仲裁人確有偏頗之情事<sup>47</sup>。

### （三）仲裁庭之駁回決定確定者，亦具有確定力

如經仲裁庭就迴避聲請作成駁回決定，且當事人已逾聲明不服期間，依法已不得再就同一迴避事由聲明不服時，則於仲裁判斷作成後，亦不得再就該事由主張而提起撤銷仲裁判斷之訴。德國通說認為，此乃「迴避聲請權之失權」；日本

<sup>45</sup> 參見德國聯邦最高法院判決：BGHZ 24, 1；BGH, ZIP 1999, 859。

<sup>46</sup> BGHZ 141, 90ff.

<sup>47</sup> AT&T v Saudi Cable Company, Lloyd's Law Reports, 2000, Vol.1, 22, 27 ff(QB)。

文獻上則有將之稱為「類似於既判力之效果」<sup>48</sup>。

就我國仲裁法而言，亦應採相同之理解與解釋。其理由如下：我國仲裁法第40條第1項第5款但書規定「但迴避之聲請，經依本法駁回者」，在行政院所提出之草案中，本條規定經「法院」駁回者，但於立法院審查會時，法務部代表說明時即建議：「本部發現部分小問題，在此向各位報告。第五款規定之但書『但迴避之聲請，經法院駁回者，不在此限』有鑑於前述有部分情事亦是仲裁庭可予以駁回的，本部建議將其文字修正為『經依本法駁回者，不在此限』」<sup>49</sup>。後經審查會採納，始修正通過如現行法規定。由此可見，立法者係有意識地將「經仲裁庭依法駁回聲請」之情形，納入仲裁法第40條第1項第5款但書之範圍，而不限於經法院駁回者。

關於仲裁人迴避之聲請，除得向仲裁庭提出外，如不服仲裁庭之決定，依法應於十四日內聲請法院裁定。且就法院之裁定，不論結果如何，均不得聲明不服（仲裁法第17條第3項、第4項）。其立法目的使為使有關仲裁人迴避之爭議，能儘早地確定。於仲裁庭依法駁回迴避聲請且確定後，如又允許其循撤銷仲裁判斷之訴以推翻仲裁判斷，實與仲裁法第17條之立法意旨相違背。聲請人本仍得再向法院就仲裁庭之決定表示不服，其卻不於法定期間內提出聲請，應認其已喪失聲明不服之權利。

不過，如仲裁庭為駁回決定後，旋即又在聲請人得向法院聲請迴避之十四日內作成仲裁判斷時，即不宜仍要求聲請人應再向法院提出迴避聲請。蓋仲裁判斷既然已經作成，縱然再向法院提出迴避聲請，亦可預見法院將以欠缺迴避聲請之實益而駁回之。聲請人在迴避制度上所應受到保護之利益，即仲裁人之中立性，實質上尚未能受到法院之介入、監督，如仲裁人確有應予迴避之事由，則僅能透過撤銷仲裁判斷之訴予以救濟，以確保仲裁程序之正當性，並避免仲裁庭藉由迅速作成仲裁判斷而規避對於仲裁人中立性之要求。於此情形，由於係不可歸責於聲請人之事由而致喪失在第二階段向法院聲請迴避之機會，自難認應使其失權，而應使其得循撤銷仲裁判斷之訴，以資救濟。

綜上所述，仲裁法第40條第1項5款規定之本文及但書規定應為合體系、相一致之解釋，而不宜切割解讀。所謂「被聲請迴避而仍參與仲裁者」，必須是「未經依本法駁回者」，亦即，**經仲裁庭或法院認為被聲請迴避之仲裁人應予迴避**，卻仍參與仲裁者，其所為之仲裁判斷始應受撤銷。如於仲裁程序，已經法院或仲裁庭就聲請迴避之事由為駁回裁定且確定者，該裁定應具有確定力，不論仲

<sup>48</sup> 參見：小島武司/高桑昭，前揭註21書，頁116。

<sup>49</sup> 參見：法務部林司長雲虎發言記錄，立法院公報處（1997），《立法院公報》，86卷56期，頁10-11，台北：立法院。

裁程序是否曾停止或被聲請迴避之仲裁人是否參與仲裁，當事人均不得再循撤銷仲裁判斷之訴，就同一事由提出相反之主張或由法院為相反之認定。所謂「迴避之聲請，經依本法駁回者」，在解釋上係指由仲裁庭或法院經實質審查迴避事由而駁回聲請者，而不包括聲請人雖在法定期間內向法院就仲裁庭之駁回決定聲明不服，惟法院以仲裁程序已經終結而無實益為理由駁回迴避聲請之情形，以及仲裁庭為駁回裁定後，即作成仲裁判斷，以致於聲請人不能依法在十四日內在向法院聲請裁定者。於此二種情形，由於未能在迴避聲請程序之第二階段由法院就迴避事由為實質審查，宜承認當事人得例外循撤銷仲裁判斷之訴予以救濟。且正是因為仲裁人是否應予迴避一事，係有不可歸責於當事人之情形而仍未經法院為審理，始有必要使當事人得循撤銷仲裁判斷之訴為事後之救濟。因此，受訴法院應在撤銷仲裁判斷之訴審理仲裁人是否確有應予迴避之事由，以取代二階段制中之法院審查，而後始能決定仲裁判斷是否應予撤銷。

## 二、仲裁法第 40 條第 3 項規定之解釋

所謂「足以影響判斷之結果」，係指仲裁判斷之結果與撤仲事由之存在具有因果關係，以避免仲裁判斷僅憑形式上、程序上理由即可被撤銷，而必須再重新進行程序。亦即，至少必須存在有不同判斷結果之可能性，如果即使再重新進行仲裁（或訴訟）程序，在不具有先前之程序瑕疵事由下，仍然會有相同之判斷結果的話，則不應撤銷仲裁判斷，以避免程序再開。關於是否該當於「足以影響判決之結果」之判斷，得援用在再審之訴所採之原則，此亦為德國通說之見解<sup>50</sup>。

如上所述，仲裁人雖被聲請迴避，但在仲裁庭或法院之應予迴避裁定未確定前，仍得參與仲裁程序。就有關迴避之聲請，法院如於仲裁判斷作成後始為駁回裁定，且未就迴避聲請之理由為實質審查，而以無實益駁回時，當事人雖得再循撤銷仲裁判斷之訴例外地予以救濟，不過，在撤仲程序之受訴法院應先認定，是否確有應迴避之事由，在此基礎上，始能進一步判斷，此程序上瑕疵與仲裁判斷之結果是否有因果關係。但就本案之第一審判決通篇以觀，原審法院均未認定，是否確有應予迴避之事由，如何能判斷二者間具有因果關係。再者，被聲請迴避之仲裁人縱然已超過半數，但各該仲裁人是否均具有應予迴避之事由，如上所述，亦必須先為判斷，原審法院就此亦未為論斷，恐難進一步判斷程序瑕疵與仲裁判斷之結果間之因果關係。

---

<sup>50</sup> 參見德國仲裁法權威註釋書：Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., 2005, Kap. 24, Rdnr. 30。

## 陸、結論

仲裁作為紛爭處理制度之一種模式，使當事人得在民事訴訟程序以外有不同之程序制度可資選擇、利用。基於仲裁與訴訟二者間在制度機能、目的、程序結構上之差異，民事訴訟法上之相關規定是否適宜援用於仲裁程序，必須視是否將使仲裁制度本來所具有之機能、目的受到妨礙。仲裁程序所具有之迅速經濟性、彈性處理性等優點，通常是當事人選擇仲裁以處理紛爭之重要誘因。尤其是於國際性紛爭，仲裁制度通常為當事人所樂於選用，我國仲裁法之立法為能與國際接軌，亦以「國際化」、「自由化」為立法旨趣，而以聯合國國際商務仲裁模範法為重要參考依據，此亦為當今國際間主要國家之仲裁法藍本。因此，除立法者明白有意排除模範法之規定而另針對我國之需要所制訂之特別規定外，在解釋論上，模範法及其他國家就仲裁制度所為之規定及其理解，應極具參考價值。關於仲裁人迴避聲請之處理程序，亦不能就此有所忽略。

有關於仲裁人迴避聲請事件，仲裁法第 17 條既然採用模範法之二階段制，關於迴避之決定，在第一階段，係由包括被聲請迴避之仲裁人所共同組成之仲裁庭為之，以使迴避決定能迅速作成。當事人就仲裁庭之決定如有不服，則得向法院尋求外部之救濟。再者，為避免仲裁程序因迴避聲請而受到延滯，仲裁庭得視各該事件之具體情況，決定是否繼續進行仲裁程序並為仲裁判斷，而不停止程序，此於仲裁法第 30 條有明文規定，因此，仲裁程序非當然停止。在第二階段，法院應就是否具有仲裁人迴避事由為實質認定，而作成是否應予迴避之裁定，不應僅將仲裁庭之決定予以撤銷。法院就是否應予迴避所為之裁定，具有確定力，如經實質審查迴避事由而駁回聲請者，則於撤銷仲裁判斷之訴，當事人不得就此再予以爭執。但迴避聲請之法院如以仲裁程序已經終結而無實益為理由駁回聲請者，由於未能在迴避聲請程序之第二階段由法院就迴避事由為實質審查，則應承認當事人得例外地循撤銷仲裁判斷之訴予以救濟。撤銷仲裁判斷之訴的受訴法院應審理仲裁人是否確有應予迴避之事由，以代替二階段制之法院審查，始能決定仲裁判斷是否應予撤銷。仲裁判斷之所以不能維持其效力而應予撤銷之程序上重大瑕疵，並非仲裁程序未停止且被聲請迴避之仲裁人參與之，而是因為該仲裁人欠缺中立性，此使得仲裁程序之正當性及基本原則受到嚴重影響、破壞。